

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3223-2019.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría de la Sala Primera, reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan.

Considero que la sentencia hubiera debido ser estimatoria de las pretensiones de la recurrente en amparo, apreciándose la vulneración de su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

1. El ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales exige el desarrollo de un canon de enjuiciamiento específico basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No es posible discrepar de la consideración de la sentencia cuando se refiere a la “conveniencia de un ejercicio de reflexión sobre las nuevas formas de comunicación”. Sin embargo, cabe lamentar que tal reflexión no condujera a la identificación de un canon de control específico, relativo a los límites que cabe imponer al ejercicio de la libertad de expresión cuando se canaliza a través de internet y, más en particular, de las redes sociales.

A pesar de reconocer que las características de la comunicación a través de internet, el anonimato potencial de los emisores o reproductores de mensajes, y la fragilidad de los factores moderadores del contenido de las opiniones, suponen una “mayor potencialidad lesiva de los derechos fundamentales, entre otros, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, la sentencia termina por afirmar que nada de todo ello “altera, desde un punto de vista sustantivo o material, los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor, ni modifica el contenido y alcance de los derechos fundamentales que deben ser ponderados cuando se invoca una vulneración, que, como en este caso, resulta de la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor”. Es decir, la Sala niega que afecte a las bases del enjuiciamiento el hecho de que las opiniones sometidas a examen hayan sido emitidas a través de una red social, limitándose

a apelar a la jurisprudencia clásica sobre el ejercicio de la libertad de expresión y los límites que impone a esta el respeto al derecho al honor.

Y, si bien puede ser cierto, como afirma la sentencia, que “si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella”, ello no significa que sea posible trasladar sin matiz alguno la jurisprudencia preexistente sobre derecho al honor y libertad de expresión a una situación con las particularidades que presenta la difusión de un determinado mensaje en las redes sociales. Por lo demás, la formulación de un canon específico no revestía más dificultad que acudir a la que ya empieza a ser una consolidada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vincula al Tribunal Constitucional como intérprete de los derechos fundamentales, tal y como se deriva del art. 10.2 CE.

Los siguientes elementos de reflexión, ausentes en la argumentación de la sentencia aprobada por la mayoría, hubieran sido imprescindibles para formular un adecuado juicio de proporcionalidad respecto de los límites al ejercicio de la libertad de expresión de la recurrente en amparo:

a. Los derechos de la personalidad, es decir, el derecho al honor, la intimidad personal o familiar, la propia imagen y la protección de datos personales, recogidos en el art. 18 CE y que encuentran su equivalente en el art. 8 CEDH, se ven afectados de forma particularmente intensa “por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en Internet”, tal y como reconoció la STC 27/2020, de 24 de febrero, de la Sala Segunda. Como también se decía en este pronunciamiento “en este contexto es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garantes todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales”.

b. Al mismo tiempo y sin negar lo anterior, a través de la red se ejercen tanto la libertad de expresión como la de información, en un contexto en que los usuarios son a la vez creadores de contenidos, emisores, difusores y reproductores de esos contenidos. En la STEDH, *Delfi AS c. Estonia*, de 16 de junio de 2015, la Gran Sala lo expresa de forma clara: “la posibilidad de que los individuos se expresen en Internet constituye una herramienta sin precedentes para el ejercicio

de la libertad de expresión. Se trata de un hecho indiscutible, como ha reconocido en varias ocasiones (Ahmet Yıldırım c. Turquía, nº 3111/10, § 48, TEDH 2012, y Times Newspapers Ltd c. Reino Unido (nº 1 y 2), nº 3002/03 y 23676/03, § 27, TEDH 2009). Sin embargo, las ventajas de este medio van acompañadas de una serie de riesgos. Contenidos claramente ilícitos, incluido el difamatorio, odioso o violento, pueden difundirse como nunca antes en todo el mundo, en cuestión de segundos, y a veces permanecer en línea durante mucho tiempo”. También se explica en la fundamentación de la STC 27/2020.

Tanto la Sentencia de la Sala Segunda, como la jurisprudencia constante de Estrasburgo asumen que el alcance del ejercicio de esos derechos, en el contexto de las redes sociales, tiene particularidades que no pueden obviarse cuando se formula un adecuado juicio sobre la proporcionalidad de los límites que se les imponen. Aunque esos límites deriven de la clásica protección al derecho al honor. No se trata sólo de que los derechos de la personalidad puedan ser más vulnerables, o sensibles, al menoscabo procedente de la actuación a través de internet, tal y como reconoce el Tribunal de Estrasburgo en pronunciamientos como la STEDH Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia, de 16 de julio de 2013. Es que las libertades informativas, en sentido amplio, también tienen una dimensión distinta y un alcance transformador de la opinión pública diverso. Las redes sociales hacen de los usuarios potenciales creadores de contenidos, en ocasiones con una función muy próxima a la que desarrollan los periodistas, lo que conduce a replantearse la diferenciación jurisprudencial preexistente entre el ejercicio de las libertades informativas por los particulares y por los profesionales, por poner sólo un ejemplo de los muchos que podrían evocarse.

c. Las redes sociales actúan sobre los ejes de la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la dificultad de establecer filtros *a priori* en esa difusión, y la potencialmente amplia –y difícilmente controlable- transmisión de sus contenidos. Ello supone una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información.

Las características apuntadas, como contrapunto, suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros. Este se mitiga o se acrecienta en función de elementos tales como la cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que este corresponda

a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje. Estos elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el impacto que las expresiones o informaciones volcadas en redes sociales han podido tener en el derecho al honor, intimidad, propia imagen o protección de datos de un tercero.

d. La autoría de las opiniones o informaciones de quienes se manifiestan a través de las redes también es un elemento a tener en cuenta a la hora de formular el juicio de proporcionalidad de las limitaciones al ejercicio de las libertades comunicativas. En las redes sociales son distintas las posiciones de quien crea el contenido, de quien lo reproduce haciéndolo suyo o de quien lo traslada sin más y, por supuesto, ninguna de ellas puede confundirse con la posición de la propia empresa que da el soporte a la red social y que puede, eventualmente, establecer algún tipo de filtro preventivo o de supresión de contenidos o suspensión de perfiles, llegado el caso. A su vez, y en lo que hace al estatuto del usuario, no solamente difieren entre sí al adoptar roles o protagonismo diverso en redes, sino que difieren con carácter previo en función del anonimato del perfil, del carácter de personaje público de ese usuario, de que el perfil sea institucional o personal, por ejemplo y de que actúe en redes a cambio de una contraprestación económica o no lo haga.

e. Los destinatarios del mensaje, tanto los potenciales como los que finalmente han resultado receptores del mismo, también conforman un elemento para tener en cuenta en el juicio relativo al ejercicio de las libertades comunicativas o, al menos, en el examen relativo a la proporcionalidad de las medidas concretas restrictivas de este tipo de libertades. Del mismo modo que se asume que la amplitud de la difusión de un reportaje en un medio de comunicación clásico, incide a la hora de formular un juicio sobre la adecuación de las restricciones, (en este sentido STEDH Axel Springer AG c. Alemania, Gran Sala, 7 de febrero de 2012), ese elemento no puede ignorarse a la hora de evaluar el impacto de una determinada opinión o información difundida en redes. Si bien la afectación del derecho al honor, por ejemplo, del destinatario de una expresión injuriosa contenida en un tweet existe desde que el mensaje ha sido compartido, o es lo mismo que tal mensaje haya sido leído por una persona o por un millón, porque la imagen pública del titular del derecho al honor, y la percepción de esa imagen por terceras personas, no ha quedado afectada con la misma intensidad en uno y otro caso.

f. Por lo que hace al contenido de los mensajes, el margen de apreciación del Estado a la hora de restringir el derecho a la libertad de expresión varía en función de una serie de factores que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo identifica claramente. La STEDH *Mouvement Raëlien Suisse v. Suiza*, en resolución de la Gran Sala de 13 de julio de 2012, es ilustrativa a este respecto:

“Si bien el artículo 10§2 del Convenio deja poco margen para las restricciones a la libertad de expresión en asuntos políticos (véase *Ceilán c. Turquía* [GC], nº 23556/94, § 34, TEDH 1999-IV), los Estados firmantes tienen generalmente un margen de apreciación más amplio a la hora de regular la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender convicciones personales íntimas de carácter moral o, más particularmente, religioso (véase *Murphy*, citada anteriormente, § 67). Del mismo modo, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de regular la expresión comercial y publicitaria”

La jurisprudencia del TEDH es categórica cuando afirma que los mensajes difundidos por internet se benefician de una protección equivalente a la que merecen los otros medios de comunicación, en lo que hace al respeto del debate político, en particular si quien emite el mensaje es un representante elegido por la ciudadanía. Es decir, el art. 10 CEDH, exige un alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista y ese margen permite a los representantes del ciudadano en cualquier ámbito, en particular cuando actúan como opositores políticos, utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate (en este sentido *SSTEHD Renaud c. Francia*, § 38, de 25 de febrero de 2010; *Mouvement Raëlien Suisse v. Suiza*, en resolución de la Gran Sala de 13 de julio de 2012).

Por lo que hace, más concretamente, al discurso en defensa de los animales, se reconoce la naturaleza de asunto de interés público de dicho discurso. La sentencia en el asunto *PETA Deutschland c. Alemania*, de 8 de noviembre de 2012, refiriéndose a una campaña contra la cría de animales en batería, reconoce que la campaña sancionada, “al estar relacionada con la protección de los animales y del medio ambiente, era innegable que tenía un interés público (...). De ello se deduce que sólo razones de peso pueden justificar la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante en este contexto”.

En todo caso, la difusión en línea de ataques personales que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas no está protegido por el art. 10 CEDH (en este sentido STEDH Tierbefreier E.V. c. Alemania de 16 de enero de 2014)

g. Por último, y en relación con el efecto desaliento, o efecto disuasivo sobre del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en redes sociales, la valoración relativa a su concurrencia no puede ignorar la intensidad de la sanción, sea esta penal o, como es aquí el caso, civil. Esta cuestión debe ser analizada a la hora de examinar la proporcionalidad de una medida restrictiva (STEDH *Mouvement Raëlien Suisse v. Suiza*, en resolución de la Gran Sala de 13 de julio de 2012, § 75). En este sentido, el hecho de que la limitación del ejercicio del derecho tenga como consecuencia la imposición de la obligación de pagar una indemnización, y el alcance más o menos moderado de la cuantía no es argumento bastante para hacer desaparecer el riesgo del efecto desaliento tal y como se deriva de la STEDH *Axel Springer AG c. Alemania* nº 2, de 10 de octubre de 2014 que recoge a este respecto la cita de otros pronunciamientos previos.

2. Los límites a la libertad de expresión de la recurrente en amparo en el supuesto concreto.

La sentencia de cuya argumentación y fallo discrepo, debería haber desarrollado un canon de enjuiciamiento considerando, al menos, todos los elementos anteriores expuestos, para proyectarlos sucesivamente a la solución del caso concreto.

a. No puede ponerse en duda que la recurrente en amparo ejerció su derecho a la libertad de expresión a través de una red social, en este caso Facebook, y que ese ejercicio queda amparado por el art. 20 CE. Tampoco cabe negar que el ejercicio de ese derecho pudo llegar a suponer una intromisión ilegítima en el derecho al honor (art. 18 CE) de la persona a la que se refería su comentario, es decir, el torero Víctor Barrio. Ahora bien, ya en este primer punto de reflexión hubiera sido necesario valorar el hecho de que los actuantes en la instancia no son los titulares del derecho, sino los familiares del titular fallecido. Esta circunstancia no impide la defensa del derecho al honor por parte de los familiares de Víctor Barrio, en la línea de la jurisprudencia constitucional que sostiene la posibilidad de velar por la memoria de los difuntos, desde la tesis del cuidado de la “personalidad pretérita”. Pero sí permitiría modular los efectos que sobre el honor del fallecido tendría el ejercicio extralimitado de la libertad de expresión, y

esto es así porque ya no se trata de que el titular del derecho valore su grado ofensivo, sino de preservar la percepción, muy legítima, de sus allegados,.

b. El potencial lesivo de las redes sociales, por su efecto inmediato y multiplicador del mensaje, en este caso ha sido escaso. El perfil de la recurrente en redes tenía, al momento de producirse los hechos, poco más de tres centenares de seguidores, lo que es sumamente poco en términos cuantitativos en el ámbito de las redes sociales. En la actualidad la cantidad de seguidores se ha duplicado, y podría haber sido efecto de las campañas de apoyo a la recurrente en amparo tras la denuncia por los hechos de los que estamos conociendo. Pero en cualquier caso, la mayor difusión del mensaje se produjo después de la denuncia, y no antes.

c. La recurrente en amparo posee un perfil público en Facebook. Eso significa, de un lado que no es anónimo y permite identificarla adecuadamente, y de otro que permite interactuar con cualquier usuario de la red. En el mismo, la propietaria del perfil comparte sistemáticamente posiciones vinculadas a su activismo animalista y feminista. Lo hacía ya antes de publicar el post controvertido y ha continuado haciéndolo después. Este análisis permite comprender que la posición antitaurina sostenida en el post es una constante en el activismo y participación pública e incluso política de la recurrente en amparo. Es cierto, como se afirmó en la instancia por los actuantes, que este perfil no la identifica como integrante de un determinado partido político, ni como militante, ni siquiera como concejala en su momento, no es el perfil de un partido político, sino un perfil personal, lo que no significa que no se trate del perfil de una persona con un cargo representativo en un determinado momento, ni que no exista un mensaje político en dicho perfil.

d. El mensaje difundido en Facebook era, claramente, un mensaje de contenido político y así lo reconoce incluso el Ministerio Fiscal que defendió, en el proceso de amparo, la estimación del recurso.

La sentencia aparta del razonamiento las consecuencias que deberían derivarse de esta consideración del contenido del mensaje argumentando que, habida cuenta del contenido lúbrico del derecho al honor, es preciso analizar las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, para concluir que la tauromaquia forma parte del patrimonio cultural inmaterial español, y que, en ese contexto, no se justifican las expresiones hirientes dirigidas a un torero. Pero el enfoque de la sentencia es erróneo. El análisis debe partir del ejercicio del derecho a la

libertad de expresión para verificar, en caso de que esa libertad se haya utilizado para difundir un mensaje político, si a pesar de ello se ha incurrido en una limitación ilegítima del derecho al honor. Que la tauromaquia venga protegida en determinadas previsiones legales no resta en absoluto validez a la crítica política que la misma suscita y que se traduce en propuestas políticas de supresión o modificación de los festejos taurinos que, por lo demás, también han encontrado reflejo en disposiciones normativas cuya cita obvia la sentencia.

Quien, sin conocer el estado de la cuestión en España lea la sentencia, bien podría pensar que en la sociedad existe una defensa y apoyo mayoritario a la tauromaquia, pero esto dista de ser así. Si analizamos la “Estadística de Asuntos Taurinos”, que publica el Ministerio de Cultura y Deporte anualmente, se verifica un descenso progresivo del número de personas que acuden a los diversos tipos de festejos taurinos permitidos en la mayor parte de las Comunidades Autónomas de España. Sin tener en cuenta el año 2020 (por las singularidades vinculadas a la crisis del COVID), se verifica un descenso lento pero mantenido del número de festejos taurinos celebrados (que pasan de 1598 en el año 2016 a 1425 en el año 2019), correlativo al declive en el número de personas que asisten a este tipo de actividades. En el año 2019 se trataba de un 8% estimado de la población, habiendo descendido desde el año 2006 en que el porcentaje era del 9.8%. También se constata que existen territorios en las que no se están desarrollando en absoluto este tipo de festejos (es el caso de Asturias, Baleares –sobre cuya ley se pronunció la STC 134/2018 de 13 de diciembre-, Canarias, Ceuta y Melilla en datos de 2019). Sin contar con encuestas oficiales al respecto, las propuestas por distintas organizaciones no gubernamentales (como World Animal Protection en 2016) o por encargo de distintos medios de comunicación (Encuesta de SocioMétrica para El Español en enero de 2019; encuesta de YouGov para El HuffPost en julio de 2018) ponen de manifiesto que existe un elevado porcentaje de la ciudadanía que opta por prohibir o limitar las corridas de toros, siendo estos datos ilustrativos de la falta de unanimidad en relación con este tema.

En suma, no se puede perder de vista, como se ha expuesto previamente, que los temas que plantean interés general, si se encuadran además en el marco de un discurso político, se benefician de un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, lo que lleva asociado un margen de apreciación de las autoridades jurisdiccionales particularmente restringido: el espacio para restringir la libertad de expresión en el dominio del discurso político es muy pequeño, lo que permite recurrir a la exageración, a la provocación, y la falta de moderación en las formas

(recuerdo aquí en particular la STEDH en el asunto *Willem c. France*, § 33, de 16 de julio de 2009).

En este contexto, las expresiones utilizadas por la recurrente en amparo fueron, efectivamente provocadoras, hirientes, y pudieron causar dolor a la familia del fallecido. Nada de eso puede negarse. Como no puede negarse que manifestaron una opinión política que no es patrimonio exclusivo de la recurrente en amparo. El fallecimiento del torero, en este caso, fue la excusa para reiterar el mensaje político de la recurrente, y la forma pudo ser excesiva e inmoderada, pero el contenido principal del mensaje iba más allá de la muerte de una persona, por más que se elaborase al hilo de la misma.

Por tanto, no se justificaba, en este caso, la limitación de la libertad de expresión de la recurrente en amparo, pudiendo calificarse como desproporcionada la sanción civil impuesta, habida cuenta de las circunstancias que han venido considerándose.

El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura que entrecomilla la sentencia, no pueden ser entrecomillados, porque las sociedades democráticas sólo son verdaderamente resistentes cuando son capaces de integrar discursos que disgustan, siempre que no llamen a la violencia, o a la vulneración de derechos de terceros, o a la persecución de colectivos en particular situación de vulnerabilidad.

Madrid, a diez de mayo de dos mil veintiuno.